

Clonagem reprodutiva *versus* clonagem terapêutica: avanços e limites

CLONAGEM REPRODUTIVA E CLONAGEM TERAPÊUTICA: QUESTÕES JURÍDICAS*

Luiz Fernando Coelho

RESUMO

Esboça um paralelo histórico-cultural vivido pela humanidade ao longo de gerações, especificamente no que concerne aos direitos humanos, com ênfase na questão da bioética, consubstanciada na prática efetiva da clonagem humana, bem como seus prováveis reflexos junto à sociedade, seja no âmbito filosófico, religioso, científico ou econômico.

Acredita o autor que, na sociedade biotecnológica, o fim justifica os meios e que essa ideologia *vem sendo legitimada por nova racionalidade instrumental e novo critério de legitimidade funcionalista*, razão pela qual entende que os procedimentos técnicos de manipulação genética serão legitimados em função de seus objetivos técnicos, tal como já ocorre na engenharia genética destinada à produção de alimentos.

PALAVRAS-CHAVE

Genética; gravidez; clonagem; fecundação *in vitro*; biotecnologia; bioética; Constituição; princípio da dignidade da pessoa humana.

1 A REVOLUÇÃO GENÉTICA E O BIODIREITO.

No evoluir da humanidade, certos acontecimentos revestem-se de simbolismo historiográfico tão importante que os tornam emblemáticos da própria história. O nascimento de Jesus Cristo divide a história, tal como a Revolução Francesa marca o início de nova fase da modernidade, a da civilização tecnológica. Após a transição do pós-guerra, que vai até os anos 60, passamos a vivenciar a chamada "pós-modernidade", a qual tem sido definida como a era da informação.

Este turbulento período da história, vivido por minha geração, caracterizado ademais pela vitória aparentemente definitiva do capitalismo e da ética liberal, conjugado com o triunfo dos ideais da democracia, do Estado de Direito e da defesa intransigente dos direitos humanos, parece desvanecer-se com os atentados terroristas do dia 11 de setembro nos Estados Unidos.

Com efeito, tal como a derrubada do muro de Berlim assinalou o fim da utopia comunista, a destruição das torres gêmeas do *World Trade Center* de Nova Iorque aponta para o desvanecimento de uma civilização baseada no dinheiro e no lucro a qualquer preço.

Mas é também o início de nova era, a qual vai muito além da pós-modernidade. Em outro lugar¹, denominei os tempos atuais como "transmodernidade", caracterizada por alguns fatores especialmente importantes: a globalização, o domínio da informação, a afirmação generalizada do capitalismo neoliberal e a ideia do fim da história. A essa caracterização vem agora

somar-se novo fator, a revolução genética.

Assim, às revoluções sucessivamente industrial, tecnológica e informática, que conduziram à pós-modernidade, temos agora a revolução genética, capaz de conduzir a humanidade para algo ainda desconhecido, mas que está a repercutir na sociedade contemporânea de maneira tão contundente, que praticamente a transforma em novo tipo de sociedade, a qual pode ser definida como "biotecnológica".

Assistimos ao desenvolvimento sem precedentes da genética, não somente como ramo da biologia, estudo das leis da transmissão dos caracteres hereditários nos indivíduos e das propriedades das partículas que asseguram essa transmissão, como também tecnologia da intervenção humana na criação e desenvolvimento da vida, primeiramente vegetal e animal e, agora, da vida humana. A clonagem humana, ainda que esteja para concretizar-se como acontecimento científico devidamente comprovado, é o marco dessa nova revolução.

Ligados à revolução genética, assiste-se ao desenvolvimento de novos ramos do saber, os quais, mais do que catalizadores de uma interdisciplinariedade acadêmica, são transdisciplinares, pois nesta matéria nenhum enfoque científico, técnico ou filosófico pode circunscrever-se aos fundamentos epistemológicos de determinado ramo do saber, mas nucleia a totalidade da ciência, da filosofia, da moral e do Direito. Esses novos ramos têm a vida por denominador comum, enfatizando o homem não somente como reprodutor de sua espécie, mas como seu principal fator de aperfeiçoamento,

podendo chegar a uma atividade criadora da própria vida, realizando-se o que um eminente psicanalista definiu como pecado, uma teomania ou desejo de ser criador². Refiro-me à biociência, que é muito mais abrangente que a tradicional biologia, e também à bioengenharia, à bioética e ao biodireito³, os quais valem-se da bioinformática.

Diante do que até o momento tem sido divulgado, e também pelo destaque que o assunto tem merecido na mídia nacional e internacional, especialmente depois que se anunciou o início da prática efetiva da clonagem humana reprodutiva, podemos concluir que já não se trata de mera hipótese científica, mas de uma realidade que ocorre em laboratórios de todo o mundo, sendo objeto de intensos e apaixonados debates envolvendo aspectos filosóficos e religiosos, além dos debates científicos sobre seus limites e possibilidades.

No que tange ao biodireito, somos levados a refletir sobre aspectos que transcendem, e muito, os limites da discussão dogmática e repercutem de forma avassaladora em todos os quadrantes do saber jurídico. Com efeito, dissertar sobre os aspectos jurídicos da clonagem humana é muito mais do que examinar o tema sob o ponto de vista das normas positivas, é fixar seu alcance jusfilosófico, é "ubicá-lo" nas fronteiras da inexorável passagem da ideologia jurídica atual para nova mentalidade que tende a afirmar-se a despeito da resistência que o novo sempre suscita.

Fica, portanto, definido o propósito deste estudo: "ubicar" o tema da clonagem humana como o marco da transição, nada fácil e até mesmo

* Conferência proferida no *Seminário Internacional Clonagem Humana: Questões Jurídicas*.

conflituosa, entre a concepção de Direito que impregna a imagem que temos de nós mesmos, da sociedade e do universo, e a ideologia que a criação do primeiro clone humano tende a engendrar.

2 CLONAGEM HUMANA REPRODUTIVA E TERAPÊUTICA: INÍCIO DE UMA NOVA ERA.

Desde o advento da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*, desenvolveram-se terapias bastante avançadas para o tratamento da infertilidade.

A fertilização *in vitro* surgiu em 1978 e revolucionou a tecnologia da reprodução humana. Naquela ocasião, os médicos Patrick Steptoe e Robert G. Edwards misturaram óvulos de uma mulher e espermatozoides de seu marido numa proveta de laboratório, conseguiram a fertilização depois de dois ou três dias e implantaram os embriões no útero da mulher. Um dos embriões veio a ser Louise Brown, primeiro bebê de proveta do mundo.

Em 1992 surgiu o processo de injeção intracitoplasmática, abrindo-se um leque enorme de possibilidades de experimentos em biologia molecular. Num desses experimentos, retirava-se do testículo de um homem a célula mais primitiva do desenvolvimento do espermatozoide, a espermatogônia, a qual era inoculada no testículo de outro homem, fértil, ou até mesmo de um animal, oferecendo-se assim condições dentro de um testículo fértil para o amadurecimento da espermatogônia. Essa célula, que não é atacada imunologicamente, passa a desenvolver no testículo hospedeiro os espermatozoides do doador primitivo, que não conseguia amadurê-los em seu próprio testículo. A experiência terminava com a colheita dos espermatozoides assim produzidos, os quais poderiam fertilizar o óvulo da mulher do doador não-fértil.

O mesmo princípio levou pesquisadores a trabalharem com óvulos de mulheres que, com o advento da menopausa, tinham perdido a capacidade de fertilização. Estudou-se assim a possibilidade de se transferir parte do citoplasma do óvulo de uma mulher jovem para o citoplasma do óvulo de uma mulher de idade avançada, para ver se seus óvulos ganhariam maior potencial de gestação.

A clonagem destinada à reprodução de indivíduos humanos é, portanto, o resultado de profundo avanço na medicina reprodutiva. Mas ela tem, sobretudo, finalidades terapêuticas,

Com efeito, dissertar sobre os aspectos jurídicos da clonagem humana é muito mais do que examinar o tema sob o ponto de vista das normas positivas, é fixar seu alcance jusfilosófico, é “ubicá-lo” nas fronteiras da inexorável passagem da ideologia jurídica atual para nova mentalidade que tende a afirmar-se a despeito da resistência que o novo sempre suscita.

entrevendo a superação do problema, hoje agudo, da doação de órgãos para transplante. Trata-se do uso de células-tronco, que podem se transformar em quaisquer partes do corpo humano, inclusive neurônios.

Teoricamente, tais células podem restaurar o tecido cardíaco danificado em caso de enfarto e, conforme se informa nos cenáculos médicos, até paralíticos poderão andar, à medida que as células-tronco terão a possibilidade de substituir os parafusos imperfeitos ou danificados da medula espinhal. O desenvolvimento dessa tecnologia tem sido encarado como a grande via para a medicina do século XXI, porque torna possível a cura de doenças degenerativas, tais como Alzheimer e Parkinson.

Se acompanharmos a mídia internacional, tomaremos conhecimento de que, na Grã-Bretanha, já se espera o nascimento do primeiro bebê especialmente concebido para garantir que seu sistema imunológico seja compatível com o de seu irmão, doente de leucemia. O fato em si nada tem de extraordinário, não fosse a circunstância de que o embrião do futuro bebê

resultou da escolha, entre embriões saudáveis, de um que fosse portador de determinadas características aptas a assegurar com maior probabilidade sua finalidade terapêutica. Assim que o bebê nascer, células-tronco serão colhidas de seu cordão umbilical e congeladas para uso futuro. Ou seja, trata-se de um bebê projetado em laboratório para finalidades eminentemente terapêuticas.

Esse avanço suscitou oposições, dentre as quais a da Igreja Católica que, desde 1987, já condenava as práticas de inseminação artificial e reprodução assistida. Os argumentos para tal atitude consideravam a ocorrência de fatos totalmente contrários à moral cristã, tais como a destruição de embriões humanos não-utilizados para implantação e o deslocamento da reprodução para fora do contexto conjugal, principalmente diante da possibilidade de fertilização por um doador que não fosse o marido. Considerando o matrimônio uma união indissolúvel entre homem e mulher, um sacramento, a Igreja opunha-se, como ainda se opõe, terminantemente, à eliminação de um elo essencial entre o ato conjugal e a procriação.

No Brasil, os entraves éticos levaram o Conselho Federal de Medicina a baixar normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Entre outros dispositivos, dispõe-se que a doação de gametas ou pré-embriões não tenha caráter lucrativo ou comercial; que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa; que a doação temporária de útero “barriga de aluguel” não poderá ter caráter lucrativo ou comercial; e que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética⁴.

A reprodução laboratorialmente assistida tem constatado inúmeros casos de gravidez múltipla, embora isso também possa ocorrer na reprodução natural. Casais com dificuldade para ter filhos têm seus óvulos e espermatozoides reunidos em laboratório para fertilização *in vitro*, transferindo-se depois para o útero os embriões obtidos.

A transferência para o útero de uma quantidade maior de embriões aumenta a chance de sucesso do procedimento, mas em contrapartida aumenta o risco de gravidez múltipla, com maiores riscos para a mãe e para o filho. Uma mulher que espera mais de um filho enfrenta maior probabilidade de hipertensão arterial, disfunções renais e risco de parto prematuro. Tudo isso pode refletir-se nos bebês, inclusive como causa de problemas mentais.

Por isso mesmo, o Conselho Federal de Medicina determina que no máximo quatro embriões sejam transferidos, mas casos recentes de quíntuplos no Brasil indicam que essa norma pode não estar sendo respeitada. Argumenta-se que “quatro” é uma quantidade máxima que pode evitar a gravidez múltipla, pois é raro que uma mulher com dificuldade de engravidar mantenha todos os embriões implantados.

Para evitar a gravidez múltipla na fecundação *in vitro* há duas opções: pode-se reduzir o número de embriões a serem implantados, ou tentar a técnica da redução embrionária, que consiste na eliminação de embriões do útero da mãe quando esta espera mais de um filho.

A redução embrionária, que em princípio ocorre nos laboratórios, acaba por transformar-se em problema bastante agudizado no países pobres, onde se tem demonstrado estatisticamente maior tendência a grande número de filhos, seja por ignorância, falta de informação, ou simplesmente pela carência de condições mínimas de controle de natalidade. Mas a decisão da escolha do embrião que vai sobreviver representa autêntica “escolha de Sofia”.

O extraordinário avanço dessa nova ciência da vida faz suscitar inúmeras questões, as quais devem ser enfrentadas pela bioética e pelo bio-direito, com repercussão na atual normação jurídica de todos esses temas correlacionados, inclusive a clonagem conjugada com a reprodução assistida, problemas que já haviam sido aventados com relação ao aborto e à eutanásia.

Na redução embrionária, ocorre a eliminação de embriões tal como na clonagem terapêutica, pois as células-tronco são retiradas de embriões com apenas algumas horas de vida, no máximo aos quatro dias, e, para isso, torna-se necessária a produção de embriões humanos mediante clonagem, pois é praticamente impossível detectá-los no início do processo de gravidez. E a pergunta que se faz é se a destruição de embriões não equivale ao assassinato de um ser humano.

Outro problema é o do uso comercial das descobertas da biociência, como o do patenteamento de genes e o da criação de novos medicamentos ligados às descobertas biocientíficas.

Há pouco tempo, assistimos no Brasil ao embate entre o Governo Federal e laboratórios estrangeiros detentores de patentes de medicamentos contra a *aids*. Está bem presente a ati-

tude do governo canadense de quebrar a patente da produção de antibióticos contra vírus utilizados na atual guerra biológica, problema que afeta todos os países e que se agudiza nos Estados Unidos.

Se os investimentos na área da produção de remédios devem gerar lucros que estimulam novas pesquisas, não se pode olvidar que os financiamentos, os subsídios governamentais e todo o conjunto econômico que viabilizou tais pesquisas não são resultados de esforços isolados, mas da economia de todos os povos que, direta ou indiretamente, ainda mais no atual estágio do capitalismo global, contribuíram para que uns sejam mais ricos e poderosos e, por conseguinte, em melhores condições de promover a pesquisa médica e farmacológica. E todos os povos têm igual direito aos resultados desta pesquisa, isto é, quaisquer descobertas que possam beneficiar a humanidade incorporam-se ao direito comum de todos os povos. Em suma, a necessidade de lucro não pode servir de pretexto para que populações inteiras permaneçam marginalizadas, excluídas dos benefícios do progresso científico.

Mas o fato é que o patenteamento e comercialização de genes vêm somar-se aos grandes problemas éticos do século XIX, relacionados à exploração, ao autoritarismo, às desigualdades sociais e à exclusão.

3 A SISTEMATIZAÇÃO ANALÍTICA DO DIREITO E A DIMENSÃO JURÍDICA DA CLONAGEM HUMANA

Uma visão, ainda que superficial, do modo como, na maioria dos países, o assunto é tratado pelo Direito positivo, revela certa oposição, quase intolerância, para com as pesquisas científicas e laboratoriais atualmente em andamento, no objetivo da clonagem humana e outras experiências correlatas.

Tal intolerância advém, em primeiro lugar, da áurea de sacralidade com que as legislações dos povos cercam o tema da vida e dos direitos humanos, herança da tradição judaico-cristã do mundo ocidental. Em segundo lugar, pelo caráter analítico dos ordenamentos jurídicos dos povos modernos, que levam a uma prevalência dos princípios sobre os fatos da experiência.

Assim, certas exigências éticas impostas pelas religiões, pelas tradições ou simplesmente pela moral social, são transformadas em princípios éticos, os quais são incorporados nas

normas jurídicas fundamentais da sociedade. E pretende-se que os fatos da experiência sejam subsumidos a essas normas jurídicas fundamentais, bem como direta ou indiretamente àqueles princípios éticos.

Tal é a lógica consagrada na tradição jurídica da nossa velha dogmática ocidental, que vê nas questões jurídicas o problema principiológico, ao invés de “ubicá-las” entre as questões sociais. Entende-se a ordem jurídica sob a forma lógica piramidal, de modelo kelseniano, onde as normas jurídicas se apoiam analiticamente umas nas outras, formando um sistema lógico encimado pela constituição. Esta por sua vez é um repositório de princípios hauridos na experiência cultural dos povos.

Dentro dessa perspectiva, nota-se nitidamente uma hierarquia de princípios relacionados diretamente com o problema da clonagem humana. Na análise desses princípios, nosso referencial é o Direito brasileiro, mas o que for observado vale para os outros sistemas jurídicos ocidentais, ao menos para os pertencentes ao sistema romanista.

O primeiro deles é a declaração constitucional de que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como cláusula pétrea, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político⁵.

Essa “ubicação” do princípio da dignidade da pessoa humana no mesmo patamar axiológico de valor supremo da nação é consequência de uma mudança no horizonte axiológico do Direito, que se verifica em todos os sistemas jurídicos do modelo ocidental.

Sabe-se que o conceito jurídico de “pessoa” desligou-se de seu conteúdo ético, romanístico e medieval, que o identificava com o ser humano, e passou a absorver a conotação civilística, engendrada no contexto da filosofia jurídica alemã do século XIX, mais especificamente, pelo historicismo pandectista germânico, de sujeito de Direito. Mais ainda, a partir da prevalência do Direito civil como *ius commune*, e da noção pandectista de “conceito jurídico fundamental” como o núcleo universal da juridicidade, o conceito de pessoa ficou impregnado de conteúdo patrimonial, pois os direitos subjetivos de que a pessoa seria titular eram traduzíveis em termos de valor econômico. E mesmo o patrimônio passou a ser definido como reflexo econômico da pessoa.

Hoje em dia, entretanto, observa-se o resgate do conceito ético originário da pessoa como ser dotado de especial dignidade. Ainda que as leis não apresentem um conceito jurídico de “dignidade”, entende-se-a em função de um conteúdo jusnaturalístico, como valor-fonte de direitos “obcecados” acima e além das disposições jurídicas do Estado.

Esse retorno à dignidade da pessoa humana, embora filosoficamente lance suas raízes no Iluminismo, particularmente na Escola Clássica do Direito Natural, de caráter racionalista e que superou o antigo jusnaturalismo metafísico que nos legara a antigüidade greco-romana, no que tange à sua incorporação aos direitos positivos do mundo ocidental, representou paradoxalmente uma reação à barbárie dos totalitarismos do século XX, uma resposta aos crimes cometidos pelos nazismos, fascismos, ditaduras e despotismos, surgindo daí a noção de que certos delitos, além de se voltarem contra suas vítimas individualmente consideradas, atentavam contra a espécie humana: eram crimes contra a humanidade.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana é erigida à condição de princípio constitucional absoluto na maioria das constituições modernas, inclusive a brasileira de 1988, bem como nos mais expressivos documentos internacionais, sendo exemplo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, de 1948. Entretanto, registra-se o antecedente histórico da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, de 1789, que foi incorporada à Constituição de 1958 a partir de 1971. Em ambos, declara-se que a vida e a saúde são bens jurídicos essenciais da existência humana.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 declara que a dignidade do ser humano é inatingível. Na Itália, a Constituição de 1947 refere-se aos direitos invioláveis do homem. Em Portugal, a Constituição de 1976 igualmente declara que a dignidade da pessoa humana é uma das bases da República.

Daí a questão jurídica basilar que se apresenta: como conciliar a pesquisa científica relacionada ao embrião humano com as exigências de respeito à dignidade da pessoa humana? Este é o problema nuclear da bioética, como também do nascente biodireito.

Na Constituição Brasileira de 1988, há também outro fator a ser considerado: a invocação de Deus, no pre-

(...) a grande pergunta é se o embrião humano, criado em laboratório ou não, é pessoa humana. Está implícito que a pessoa é criada por Deus. Ainda que se tenha desejado atribuir conotação meramente retórica à declaração do preâmbulo da Constituição, de que os constituintes se reuniam sob a proteção de Deus, ainda que tal declaração tenha sido meramente política, (...) ela (...) espelha os sentimentos e a crença da maior parte da população brasileira na presença de um Deus criador.

âmbulo, que responde a um profundo sentimento religioso que considera Deus criador. Impossível deixar de interpretar a expressão “dignidade da pessoa humana” sem relacioná-la com a invocação de Deus, criador e protetor.

Assim, a grande pergunta é se o embrião humano, criado em laboratório ou não, é pessoa humana. Está implícito que a pessoa é criada por Deus. Ainda que se tenha desejado atribuir conotação meramente retórica à declaração do preâmbulo da Constituição, de que os constituintes se reuniam sob a proteção de Deus, ainda que tal declaração tenha sido meramente política, para preservar uma tradição, como se apregou à época, ela na verdade espelha os sentimentos e a crença da maior parte da população brasileira na presença de um Deus criador. Se interpretarmos sistematicamente a Constituição, articulando o preâmbulo com os conteúdos normativos referidos à dignidade da pessoa humana, somos levados a concluir que ao homem é vedado suprimir a vida doada por Deus.

O segundo princípio encontramos nas normas de hermenêutica estabelecidas na nova Lei de Introdução ao Código Civil⁶, normas que impõem o acatamento aos princípios gerais de Direito na colmatagem de lacunas.

Na medida em que constatamos a existência de lacunas axiológicas no ordenamento jurídico, pois a clonagem humana é tema dos dias atuais – segundo o pressuposto da plenitude –, somos levados a considerar o princípio da dignidade da pessoa humana na solução dos eventuais litígios.

O terceiro princípio é a inserção, no sistema geral do Código Civil, de expectativas de direitos inerentes ao nascituro e, por obra da jurisprudência, dos direitos da personalidade, tais como, a proteção à intimidade, à imagem, ao nome, ao próprio corpo, com base nos anteprojetos de Código Civil e, mais recentemente, com embasamento no Projeto de Código Civil de 1975. Embora seja resultado de construção jurisprudencial, eis que os chamados “direitos da personalidade” não constam do Código Civil, eles se acham inscritos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, quando se refere à “inviolabilidade do direito à vida”. E o direito à vida compreende certamente o direito à concepção, à descendência e ao nascimento.

Dentro dessa sistemática analítica é que se insere uma legislação eminentemente protecionista dos direitos humanos do embrião.

Nessas considerações, restringimo-nos à clonagem reprodutiva, já que a clonagem terapêutica, inclusive os xenotransplantes, ou seja, a transferência de órgãos de animais para seres humanos, não oferecem os obstáculos éticos da primeira.

Levando-se em conta que o progresso científico nessa área é irreversível, que os países que não desenvolverem sua investigação estão condenados ao atraso tecnológico, o maior problema que se apresenta é equacionar as necessidades da pesquisa científica com a proteção jurídica dos direitos individuais e, principalmente, dos direitos humanos.

Diante de princípios como os da inviolabilidade da vida, da dignidade humana e da individualidade, já surgiram campanhas mundiais para que todos os países instituíam leis que proibam a clonagem de seres humanos.

Na Alemanha, a lei disciplina a proteção aos embriões e prevê oito crimes e uma infração administrativa,

qual seja, conservar um embrião ou um óvulo humano sem ser médico. E comina pena de cinco anos de prisão para o delito de criar um clone humano e implantá-lo no útero de uma mulher. A punição é de cinco anos de prisão.

No Brasil, considera-se crime a manipulação genética de células germinais humanas e a intervenção em material genético humano *in vivo*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se os princípios éticos, tais como o princípio da autonomia da pessoa e o princípio de beneficência, e com autorização prévia da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. Para ambos os tipos penais, a pena é de detenção de três meses a um ano. Se a prática do crime resultar em morte, a pena é de 6 a 20 anos de reclusão. Igual penalidade é aplicada a quem produza, armazene ou manipule embriões humanos destinados a servir de material biológico disponível⁷.

Além disso, a lei veda, com pena de detenção de três meses a um ano, a intervenção *in vivo* em material genético de animais, excetuados os casos em que tais intervenções se constituam em avanços significativos na pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, respeitando-se princípios éticos, tais como o da responsabilidade e o da prudência, com aprovação prévia da referida Comissão.

Proíbe-se, portanto, a manipulação genética de células germinais humanas e a intervenção em material genético humano vivo, seja na própria pessoa, em embrião ou célula, exceto para o tratamento de defeitos genéticos.

Não obstante, a experiência tem demonstrado que a lei penal nunca é suficientemente eficaz, pois sempre há alguém que a transgride. Por isso, é ilusão pensar que pela restrição moral e penal não tenhamos no futuro uma experiência com seres humanos.

Compreende-se, portanto, as razões pelas quais aflora cada vez mais convincentemente o sentimento de que essa legislação, bem como a mentalidade de quem a inspirou têm de ser mudadas.

A esta altura já estão sendo estudadas respostas a esses questionamentos bioéticos, e já se verificam opiniões favoráveis ao abrandamento das proibições e a uma flexibilização das leis penais incidentes.

Alguns países já se adiantam nessa flexibilização. Na Grã-Bretanha, por exemplo, desde dezembro de

2000, acha-se alterada a legislação no sentido de permitir a criação de embriões humanos para fins de investigação científica, sendo a clonagem humana considerada um dos métodos para essa criação. E nos Estados Unidos, encontra-se vivo o debate sobre a possibilidade de financiamento público para tais experimentos. Em ambos os casos, o argumento teleológico prevalecente é a obtenção de células-tronco.

Entretanto, a pesquisa tem demonstrado que células-tronco podem ser obtidas de órgãos de indivíduos adultos, com igual eficiência às obtidas do embrião, o que agudiza os debates sobre a busca de alternativas menos traumáticas.

4 A CLONAGEM HUMANA E O FUTURO DAS INSTITUIÇÕES.

Mas a sociedade biotecnológica produzida pela revolução genética ora em formação oferece alguns aspectos que deverão exigir mudanças nos critérios de legitimidade da ordem social e jurídica, quando não superar os atuais critérios consagrados pela tradição jurídico-política. Embora seja cedo para previsões, duas transformações importantes já se apresentam como inerentes à nova sociedade: a libertação da mulher e a intervenção científica no processo natural da evolução.

Se, na década de 60, a elaboração da pílula anticoncepcional significou a libertação da mulher de um autoritarismo consuetudinário que a obrigava a permanecer virgem até o casamento, estigmatizava as que permaneciam solteiras, submetia-a ao despotismo do pai, do marido e até dos filhos, guardiões de sua honra, e a impedia de ter acesso ao trabalho fora do lar, a clonagem humana representa uma segunda libertação, que podemos definir como uma revolução uterina. A mulher da sociedade biotecnológica, além de poder gerar filhos sem necessidade da união sexual, não precisará mais engravidar, suportar os inconvenientes das transformações do corpo, para gerar filhos sadios.

O que na verdade ocorre é uma ampliação do espaço jurídico do sujeito de Direito, que transborda os limites do Estado e invade os setores mais recônditos da vida humana, tais como o espaço cibernético, dominado pelos computadores, e o espaço bioético, dominado pelos laboratórios de bioengenharia. Daí que o biodireito deve enfrentar a emergência dos novos sujeitos de Direito, o embrião humano.

A ampliação do espaço jurídico, de forma a abranger os direitos bioéticos, repercute desde logo no conceito de família, pois antevê-se a possibilidade de filiação a partir de um sujeito individual ou mesmo de um casal homossexual.

Abrem-se também perspectivas para novas formas de discriminação, pois o futuro nos possibilita admitir a existência de crianças, adolescentes e adultos geneticamente melhorados, os quais devem competir na escola, na sociedade e no mercado de trabalho, com crianças, adolescentes e adultos naturais. Isso agravado pelo fato de que a possibilidade de escolha dos caracteres genéticos de um filho será mais um privilégio reservado a quem tenha dinheiro para custear a biotecnologia necessária.

Tal reflexão sobre novas formas de exclusão que podem decorrer da bioengenharia vem a propósito do que no Brasil atualmente se constata quanto a uma forma de exclusão tão dissimulada quanto perversa que ocorre em nosso sistema de ensino superior.

No Brasil, as vagas das instituições de ensino superior mantidas com recursos públicos, isto é, com o dinheiro dos contribuintes, tais como universidades federais, estaduais e municipais, dedicadas ao ensino público e gratuito, são reservadas preferencialmente para os filhos da classe média e dos mais abastados economicamente, isto é, para aquelas crianças e jovens que foram bem alimentados na primeira infância, cursaram os melhores colégios, tiveram professores particulares para suprir eventuais deficiências educacionais, freqüentaram cursos de idiomas estrangeiros, participaram de intercâmbios estudantis etc., porque seus pais tiveram dinheiro. E esses filhos privilegiados disputam as vagas do vestibular com os filhos dos operários e da baixa classe média, assalariados ou desempregados que mal têm dinheiro para comer, quanto mais para custear um ensino de qualidade. O que dizer então dos futuros jovens geneticamente melhorados? Jovens cujo coeficiente intelectual (QI) tenha sido melhorado pela bioengenharia, custeada por seus pais?

A possibilidade de mapeamento genético da pessoa entevê também repercussões na área do Direito securitário, pois pessoas que apresentem características genéticas consideradas desvantajosas para as empresas de seguros poderão ser discriminadas, seja mediante impedimento de contratar, seja pelo acréscimo nos valores dos prêmios.

Quanto à segunda transformação que se entevê no atual horizonte da sociedade biotecnológica, vislumbramos a intervenção racional, através da ciência, no processo da evolução. Trata-se da introdução de novos processos de seleção para aperfeiçoamento da espécie humana, na esteira do evolucionismo de Darwin.

Até agora, convivemos com a realidade da seleção natural, imposta pela natureza.

Ainda que tenha havido inúmeros desvios que comoveram a consciência ética da humanidade, podemos reconhecer o fato de que, à semelhança de outras espécies, a humanidade parece estar submetida a um processo de seleção, no qual têm participação as ações conscientes dos próprios homens.

Cada tipo de cultura pratica as ações de seleção humana com um estilo especial, que às vezes se tem referido como disponibilidade da força física, em outros casos se tem apontado para a preferência dos mais aptos intelectualmente etc.

Em nossos dias, a cultura ocidental impulsiona o mundo para a nova era da biotecnologia, na qual as possibilidades de seleção da espécie humana parecem acercar-se a uma via antes inimaginável, a modificação genética pela atuação do homem.

Embora essa perspectiva repugne à consciência da humanidade, ainda estarecida ante a memória dos crimes do nazismo, o fato é que podem ser introduzidos novos processos de seleção para o aperfeiçoamento da espécie humana.

Isso envolve um lado perigoso. Ainda que relegado a um passado que a humanidade procura sepultar, o fantasma do racismo poderá reaparecer, dissimulado sob teses que ressuscitam o velho darwinismo social e o racismo científico da eugenia.

O darwinismo social, aplicação da teoria da seleção natural, apresentada por Charles Darwin em 1859, na vida e na sociedade humana, foi engendrado por Spencer, que criou a expressão "sobrevivência dos mais aptos", ao considerar que a vida na sociedade é uma luta natural, sendo, portanto, normal que os mais aptos a vençam, ou seja, tenham sucesso, riqueza, acesso ao poder social, econômico e político; da mesma forma, é normal que os menos aptos fracassem, sem acesso a qualquer forma de poder.

Na verdade, o darwinismo social serviu à época para legitimar ideologicamente a sociedade capitalista, a ele vinculando-se desde logo ideolo-

E as normas jurídicas que tratem de regular a clonagem humana, bem como os julgamentos que forem suscitados por cidadãos que se sentirem prejudicados em seus direitos, terão de levar em conta, além dos princípios jurídicos, o fato de que o espaço bioético do Direito se confunde com o ambiente dos laboratórios, onde os criadores de *Frankenstein* da transmodernidade podem exercer a contento o papel de aprendiz de feiticeiro.

gias eugenistas e racistas.

A eugenia foi fundada em 1883 por Galton. Preconizava a formação, pelo Estado, de uma elite genética por meio do controle científico da procriação humana, em que os menos aptos seriam ou eliminados ou desencorajados a procriar. Visava aperfeiçoar a raça. Muitos países adotaram medidas de esterilização, endossadas por intelectuais eminentes, sendo que só os EUA esterilizou, entre 1900 e 1940, quase 36 mil doentes mentais, marginais, vadios etc. Hitler fundamentou-se em boa parte no darwinismo social, na eugenia e no racismo científico, provocando o genocídio que estareceu a humanidade.

O primeiro teórico do racismo foi Gobineau, que defendeu a superioridade da raça ariana, na obra *Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas*, de 1853. Sabe-se que Gobineau foi embaixador da França junto ao Imperador brasileiro, Pedro II, e que seu livro foi escrito a partir de suas observações da sociedade do Rio de Janeiro à época, e demonstrou profundo preconceito contra os negros e mulatos, então reduzidos à escravidão no Brasil

imperial. As ligações do darwinismo social com o racismo, que se pretendeu "científico", foram estabelecidas pelo antropólogo De Lapouge, o qual tentou demonstrar correlações entre a situação social dos indivíduos e sua identidade biológica ou racial. Neste desiderato dividiu as raças em dois grupos: raças superiores, constituídas pelos arianos, e inferiores, englobando os negros, os judeus e outros. Como se vê, Hitler teve importantes cientistas a fornecerem critérios para sua trágica experiência.

5 A "POIÉTICA" DO DIREITO E O ENIGMA DA ESFINGE

Quando ocorrem mudanças significativas na história humana, com capacidade para amoldar comportamentos individuais e coletivos, sempre surgem novas doutrinas e ideologias que se encarregam de fornecer o necessário respaldo de legitimidade às novas posturas.

Assim ocorreu na Antiguidade, quando as leis da cidade eram consideradas como manifestações das leis do cosmos. As regularidades que os gregos viam no universo, o movimento das estrelas, a sucessão dos dias, das noites e das estações do ano tinham a mesma natureza das leis da cidade.

Na Idade Média, a doutrina do poder divino dos reis espelhava a legitimação religiosa do poder soberano e a organização hierárquica da sociedade – que estabelecia escalões de nobreza até o rei – refletia-se na crença em uma corte celestial, o reino de Deus e sua corte de santos, cercado pelo exército de anjos, arcanjos, querubins e serafins.

Nos tempos atuais, a organização política da sociedade é legitimada pela crença no caráter racional das leis e na neutralidade do Estado, que se diz democrático e de Direito, protetor da liberdade e da igualdade e encarregado de semear a justiça entre os cidadãos, por meio do Poder Judiciário, igualmente neutro.

Se considerarmos que todos esses fatores se impõem inexoravelmente como realidade histórica atual e que a velha ideologia principiológica, com sua conseqüente organização analítica abstrata, atua como entrave ao livre desenvolvimento da investigação científica nessa área, é lícito indagar qual a ideologia que a nova era vai engendrar, quais as idéias, doutrinas filosóficas, teorias científicas e concepções filosófico-jurídicas que vão fornecer o necessário sustentáculo de legitimidade.

Mas a ideologia não se insinua somente pelo labor teórico, ela se vale dos instrumentos de manipulação ideológica para tornar aceitáveis, pela opinião pública, as novas práticas decorrentes do avanço científico e tecnológico e a nova sociedade engendrada pela revolução genética. Compreende-se por conseguinte, que o tema da clonagem humana vai aos poucos sendo banalizado, em virtude de sua divulgação para o grande público através de meios de acesso que tenham maior penetração entre as camadas mais simples da população, tais como novelas de televisão e revistas de sabor popular⁸.

Na verdade, as profundas transformações a que assistimos repercutem na ordem jurídica de modo tão avassalador que até mesmo o conceito de ordenamento jurídico, Estado e Justiça são afetados, com repercussões na própria ideologia do Direito⁹.

Em primeiro lugar, as exceções aos princípios sempre existiram e sempre foram legitimadas por considerações metajurídicas.

Não me refiro às excepcionalidades criminais que justificam atos e atitudes que constituiriam delitos, como a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de um direito ou dever, mas às modificações em curso no próprio conceito de ordem jurídica, que minimizam o caráter dogmático dos princípios, relativizando-os em função de novos critérios de juridicidade.

A primeira dessas modificações diz respeito à transformação da norma jurídica em norma técnica. O Direito é cada vez mais técnico, e isso significa que ele perde aos poucos seu caráter principiológico, regido por uma racionalidade analítica que fundamenta a validade e a legitimidade em normas superiores. Sendo de caráter técnico, as leis se transformam em regras "anancásticas", equivalentes às regras do jogo, regidas por outro tipo de racionalidade – a instrumental, de meios afins. Vale o objetivo a atingir, não o princípio que deve ser preservado. Já o juiz Oliver Wendell Holmes, da Suprema Corte americana, dizia que o Direito existe para resolver concretos problemas sociais, não para manter princípios. Esta consideração tópica da norma jurídica está cada vez mais presente na mentalidade dos legisladores, administradores, governantes, empresários e até mesmo juizes. Isso na medida em que as relações sociais se tornam cada vez mais complexas, numerosas e diversificadas, o que aumenta a lacunosidade da ordem jurídica.

Outra modificação é a atinente ao conceito de ordem jurídica. Ela deixa de ser uma estrutura lógico-formal, analítica, segundo o clássico modelo da pirâmide kelseniana, e passa a ser configurada como uma reunião de microssistemas, o familiar, o empresarial, o tributário, o ambiental, o socio-laboral, o bancário, o "consumerista" etc., referidos e envolvidos por um ambiente que é o próprio macrosistema das relações sociais. Cada um desses microssistemas normativos, por sua vez, articula-se com outros microssistemas sociais, como o político, o econômico, o médico-sanitário, o educacional etc., e, ao mesmo tempo em que se diferenciam do ambiente macrosistêmico, o reproduzem.

O modelo para essa nova compreensão da ordem jurídica é a teoria dos sistemas "autopoieticos", de Luhmann.

Entretanto, a "autopoiese" é tão somente um aspecto parcial do fenômeno jurídico, que evidencia a aptidão da própria sociedade para manter seus instrumentos de controle social, institucionalizados ou não, dos quais a normatividade jurídica é, se não o mais eficiente, pelo menos o mais sofisticado produto que é de elaboração racional.

Na verdade, paralelamente ao conjunto das regras de Direito, a sociedade mantém outros conjuntos normativos, todos voltados para sua própria reprodução organizacional, os quais são pensados, repensados e exercitados dentro de certos critérios de racionalidade prática que constituem a economia, a política, a religião, a ciência e a filosofia. Trata-se no fundo de manter a ordem social, com um mínimo tolerável de dissenso.

Mas deve-se levar em conta que, entre todos os conjuntos normativos, o do Direito tende a absorver os demais, pois, ao final dos processos de organização setorial, na medida em que estes pretendam eficácia, tendem a revestir-se das formas de expressão engendradas pelo saber jurídico e consolidadas na práxis do Direito positivo. Daí que, se o caráter "autopoietico" do Direito é fato empiricamente comprovável, o pensamento crítico tem demonstrado que essa "autopoiese" é apenas um aspecto da "juspoiese", ou seja, o Direito é fenômeno muito mais complexo, cujo ser se exaure em sua própria hermenêutica. Ou, como diria Heidegger, cuja interpretação se identifica ontologicamente com seu sujeito, com seu próprio objeto e com o produto do ato de interpretar¹⁰. O Direito se transforma na medida das necessi-

dades da transformação social, e estas o antecedem enquanto fenômeno social.

Pode-se, portanto, concluir que as necessidades oriundas da adaptação da sociedade à revolução genética acabarão por envolver o próprio Direito, cuja "poiética" manifesta a "poiese" da sociedade mesma.

Poiesis em grego significa ação, mas também criação, e a *poiesis* jurídica importa reconhecer no fenômeno jurídico uma espécie de ontocriação. Ou seja, o Direito é mais do que "autopoietico", ele é "monopoietico", porque tende a absorver todas as formas de controle social da conduta intersubjetiva; é "alopoietico" porque, em as absorvendo, igualmente delas se alimenta e se retroalimenta; e é finalmente "ontopoietico", no sentido de ontocriativo, pois ele se autocria e recria juntamente com a ontocriação de seu espaço ontológico, a sociedade.

Em suma, o Direito da futura sociedade biotecnológica deixa de ser principiológico e passa a ser tecnológico. Como isso repercute na compreensão de nosso objeto de estudo, o tema da clonagem humana?

Se considerarmos que na sociedade biotecnológica o fim justifica os meios, e que essa ideologia vem sendo legitimada por nova racionalidade instrumental e novo critério de legitimidade funcionalista, espécie de legitimidade "ontopoietica", temos que os procedimentos técnicos de manipulação genética serão legitimados em função de seus objetivos técnicos, a produção de medicamentos, a cura de enfermidades e o prolongamento da vida humana, tal como já ocorre com a engenharia genética destinada à produção de alimentos. E as normas jurídicas que tratarem de regular a clonagem humana, bem como os julgamentos que forem suscitados por cidadãos que se sentirem prejudicados em seus direitos, terão de levar em conta, além dos princípios jurídicos, o fato de que o espaço bioético do Direito se confunde com o ambiente dos laboratórios, onde os criadores de *Frankenstein* da transmodernidade podem exercer a contento o papel de aprendiz de feiticeiro.

Temos de ter presente o enigma da esfinge: *decifra-me ou devoro-te*. Ou deciframos o enigma da vida ou ela nos há de devorar.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
- 2 KEPPE, Norberto. *O reino do homem*. São Paulo: Proton, 1983;

- _____. *Psicanálise da sociedade*. São Paulo: Proton, 1976;
- _____. *A Libertação*. São Paulo: Proton;
- _____. *Contemplação e ação*. São Paulo: Proton, 1981.
- 3 CIURO-CALDANI, Miguel Ángel. Globalización/Marginación: implosión demográfica? *Bioética e Biodireito*, Rosário, n. 5, 2000.
- 4 Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.
- 5 Constituição da República Federativa do Brasil, art. 1º.
- 6 Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.
- 7 Lei n. 8.974, de 6 de janeiro de 1995.
- 8 No Brasil, uma novela de televisão apresenta a clonagem como algo extremamente desejável nas circunstâncias fictícias suscitadas pelo trabalho literário. Refiro-me à novela *O Clone*, cujo enredo envolve o trabalho de um médico que procura clonar o afilhado morto em acidente. O ator que representa o médico, em entrevista, defende a criação de cópias de seres humanos, alegando que isso pode corrigir a trajetória dos seres humanos. Para o ator, a religião justifica a clonagem, como implicação da solidariedade que todas as religiões pregam. Ou seja, conclui que a religião combina com tudo o que for biologicamente desejável. Tais opiniões, em nome próprio e não no do personagem, partidas de pessoa amplamente conhecida pelo povo, tem o efeito ideológico de atrair a simpatia popular para um problema até agora restrito aos meios acadêmicos.
- 9 V. COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*, ob. cit.
- 10 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ABSTRACT

The article presents the historical and cultural parallelism lived by Humanity, in the course of several generations, with respect to humans rights, stressing the problems of bioethics relating to the practice of human cloning, as well as its probable effects in society – philosophical, religious, scientific or economic.

The author believes that in the biotechnological society the means are justified by the end, an ideology that *has been legitimized by a new instrumental rationality and the new standards of functional legitimacy*.

For this reason the author thinks that procedures of genetic handling will be legitimized in function of their technical objectives, as it is already the case of genetic engineering related to food production.

KEYWORDS – Genetics; pregnancy; cloning; *in vitro* fecundation; biotechnology; bioethics; Constitution; principle of the dignity of the human person.

Luiz Fernando Coelho é Professor de Filosofia do Direito em São Paulo e Procurador da Fazenda Nacional.